

O Processo Tributário e as Decisões do STF em Situações de Mudança de Jurisprudência: Limites de Aplicação

MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES

Advogada em São Paulo; Membro do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio do Estado de São Paulo; Membro da Comissão Especial de Assuntos Tributários da OAB/SP – CEAT e Membro do Conselho do IASP.

A garantia do processo tributário está na Constituição, na forma arrolada em seu art. 5º, inciso XXXV, que dispõe:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

É a garantia de jurisdição que o Estado coloca à disposição das partes, assegurando ampla defesa.

O processo é o meio através do qual a jurisdição opera, com vistas à sua finalidade precípua que é a de fazer atuar a vontade concreta da lei, solucionando as lides que ao Estado são apresentadas.

E nas palavras do *Prof. Alfredo Buzaid* “Processo é o instrumento que o Estado coloca à disposição dos litigantes, para administrar justiça. É um instrumento de Justiça” (Exposição de motivos do CPC – 1973).

Em direito tributário são complexas as relações que envolvem a lide, decorrentes de conflito de interesses entre o Estado e os Contribuintes, trazendo incerteza das relações jurídicas quanto ao *poder de arrecadar*, razão pela qual o processo tributário se reveste da maior importância.

O princípio da *legalidade* é fundamental, portanto, para que a tributação seja exigida. E a lei deve conter todos os elementos necessários para a ocorrência do fato gerador, base de cálculo, alíquota, etc.

A lei, para ser exigível, deve estar em harmonia com a Constituição e com os direitos e garantias asseguradas ao contribuinte, o que nem sempre

ocorre, pois surgem aspectos políticos que impedem a elaboração de lei adequada pelo Poder Legislativo.

Assim, para regular as relações entre os indivíduos, indispensável se torna um conjunto de regras ordenadoras que evitem os conflitos e possibilitem a manutenção do Grupo Social. Estas regras constituem no seu conjunto o *direito subjetivo*, que deve ser postulado em Juízo no processo tributário.

Quanto aos efeitos das decisões do STF em matéria tributária, em situações de mudança de Jurisprudência, e os questionamentos que o tema suscita longe estão de uma pacificação dos intérpretes do Direito, principalmente, pelos postulados contidos nas Leis ns. 9.868/99 (art. 27) e 9.882/99 (art. 11), que outorgam a possibilidade de graduação dos efeitos temporais das decisões judiciais, em nome da *Segurança Jurídica* ou do *excepcional interesse social*, quanto à eficácia e aplicação das normas legais.

A *segurança jurídica* representa para a sociedade o direito à estabilidade das relações jurídicas com a garantia de tranqüilidade que as pessoas desejam e a certeza de que essas relações não serão alteradas numa previsibilidade que as deixem instáveis e inseguras no cumprimento das obrigações tributárias, principalmente quanto ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

De tal forma que, no Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica é da *essência* do próprio Direito¹.

1 Ricardo Lobo Torres ensina: “Segurança jurídica é certeza e garantia dos direitos. É paz. Como todos os valores jurídicos, é aberta, variável, bipolar e indefinível. A segurança jurídica significa sobretudo segurança dos direitos fundamentais. A segurança jurídica torna-se valor fundamental do Estado de Direito, pois o capitalismo e o liberalismo necessitam de certeza, calculabilidade, legalidade e objetividade nas relações jurídicas e previsibilidade na ação do Estado, tudo o que faltava ao patrimonialismo. Afirmou-se nas obras de Hobbes, como segurança contra a violência praticada pelos outros, e de Locke, como proteção contra o Estado e garantia da propriedade. Positivou-se nas Constituições das Colônias americanas e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Foi apelidada por Marx de ‘segurança do egoísmo’ burguês. Identificou-se com a só legalidade do Estado de Direito formal na obra de Kelsen. Perdeu muito do seu interesse na primeira metade do século XX e no tempo do fastígio do Estado de Bem-estar Social. Mas volta a ocupar lugar de destaque no momento em que a justiça também recuperou a sua importância e em que se delinea o contorno do Estado Democrático de Direito, que é o Estado da Sociedade de Risco.

Abrange a elaboração, a aplicação (no direito tributário, o lançamento), a interpretação e a própria positivação do ordenamento, penetrando também na linguagem jurídica em busca da clareza e da certeza e no próprio funcionamento dos órgãos do Estado.

A segurança foi incluída na declaração dos direitos fundamentais constante do art. 5º da CF/88: ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes’. A Constituição da Espanha contém dispositivo semelhante (art. 9º, 3). A Constituição da Alemanha não contém declaração explícita sobre a segurança, que é lida nas entrelinhas da cláusula do Estado Social.

A segurança é um valor jurídico e, como segurança dos direitos fundamentais, se transforma ela própria em direito fundamental. A segurança jurídica é valor porque guarda todas as características deles (generalidade, abstração, polaridade, interação com outros valores); é garantida no art. 5º da CF por intermédio dos princípios jurídicos, e não como performativo. Mas, por outro lado, é um autêntico direito fundamental, no sentido de que as leis tributárias do Estado e a própria Fazenda Pública constituem *res publica*, ou direitos republicanos, ou direitos de 3ª geração como preferem outros, garantidos pelo ordenamento jurídico e acionáveis pelo Ministério Público ou por qualquer um do povo”. (Limitações ao Poder Impositivo e Segurança Jurídica, *Pesquisas Tributárias – Nova Série* nº 11, São Paulo: RT/Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 74/76)

É o direito a segurança jurídica que define a sustentação, firmeza e eficácia do ordenamento jurídico. Exige previsibilidade e certeza em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos a que a sociedade deve obediência, principalmente para o contribuinte da obrigação tributária.

Quanto à declaração judicial de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, em nosso ordenamento jurídico, pode se dar em sede de ação direta (controle concentrado por via principal) ou diante de um caso concreto (controle difuso por via incidental). Em ambas as hipóteses, a *regra geral* é a de que a decisão produzirá *efeitos retroativos*. Prevalece, no Brasil, a interpretação de que lei inconstitucional é lei nula. Como consequência, seus efeitos serão retroativos, *ex tunc*, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico².

Esse entendimento prevaleceu na Suprema Corte, em que foi Relator o Ministro Paulo Brossard, como segue:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 21/600

Origem: Distrito Federal

Relator: Ministro Paulo Brossard

Requerente: Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - Fenen

Requerido: Presidente da República

CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. - A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição

2 Luiz Roberto Barroso, sobre o tema escreve: “A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger uma dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isto representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato”. (*O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15)

futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. - Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinqüentenária. - Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.” (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Ementário n° 1.892-01, DJ 21.11.97)

Os Efeitos Prospectivos das Decisões do STF

Com o advento da Lei n° 9.868, de 10 de novembro de 1999, que disciplina o processo de julgamento da *ação direta de inconstitucionalidade* e da *ação declaratória de constitucionalidade*, perante o Supremo Tribunal Federal, e da Lei n° 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que disciplina o processo de julgamento da *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, nos termos do § 1° do art. 102 da CF, essa regra geral de interpretação *quanto aos efeitos das decisões da Suprema Corte* não se faz de forma automática para retroagir, *ex tunc*, toda e qualquer decisão de inconstitucionalidade ou de descumprimento de preceito fundamental. Referidas Leis *autorizam a possibilidade de serem modulados os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade*, com efeitos *ex nunc* em nome da *segurança jurídica* ou do *excepcional interesse social*.

O art. 27 da Lei n° 9.868/99 contém a seguinte redação:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou, outro momento que venha a ser fixado.”

E o art. 11 da Lei n° 9.882/99 (ADPF) está assim redigido:

“Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

As duas Leis, portanto, autorizam os *efeitos prospectivos das decisões do Supremo Tribunal Federal*, nos casos específicos (declaração de inconstitucionalidade)

dade em ADIn ou em ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental)³.

Gilmar Mendes lembra que

“O Tribunal tem apontado as insuficiências existentes no âmbito das técnicas de decisão no processo de controle de constitucionalidade. É que, como anotado com precisão por Sepúlveda Pertence, ‘a alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo (...)’.

Essa deficiência mostrou-se igualmente notória, na decisão de 23 de março de 1994, na qual o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a defensoria pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados.

Tais decisões demonstram que a criação de nova técnica de decisão decorre do próprio sistema constitucional, especialmente do complexo processo de controle de constitucionalidade das leis adotado entre nós.” (*Controle Concentrado de Constitucionalidade*, ob. cit., p. 420)

A graduação dos efeitos das decisões do STF, que declarar a inconstitucionalidade de lei, atribuindo efeitos prospectivos a determinado caso concreto, pode ocorrer tanto em *controle concentrado*, como em *controle difuso* de constitucionalidade. É que, para determinadas situações e em face da lesão gravíssima à estabilidade das relações antes asseguradas, possa adotar-se à eficácia *ex nunc* e não *ex tunc* das decisões da Suprema Corte, conforme precedentes do Tribunal.

3 *Alexandre de Moraes*, ao justificar os efeitos prospectivos do art. 11 da Lei nº 9.882/99, assim o fez: “Para Jorge Miranda, analisando semelhante hipótese no Direito português, essa possibilidade de fixação de efeitos ‘destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; em última análise, destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela existência de inconstitucionalidade. Todavia, encerra o risco de uma aproximação da atitude própria do legislador, ou mesmo de uma confusão entre o juízo jurídico e o juízo político’. Dessa forma, com a edição da lei, *permitiu-se ao Supremo Tribunal Federal a manipulação dos efeitos*, seja em relação à sua amplitude, seja em relação aos seus efeitos temporais, desde que presentes os dois requisitos constitucionais: requisito formal e requisito material. *Pelo requisito formal, a lei exige que o Supremo Tribunal Federal tome sua decisão de alteração dos efeitos por maioria de dois terços dos membros do Tribunal; enquanto, pelo requisito material, exige-se a presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*. Logicamente, a restrição dos efeitos deve ser decidida juntamente com a própria ação direta, jamais posteriormente”. (*Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: análises à luz da Lei nº 9.882/99, coordenação: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, São Paulo: Atlas, 2001, p. 35)

Os Precedentes da Suprema Corte Quanto aos Efeitos Prospectivos das Decisões

Os precedentes a seguir enumerados demonstram que, mesmo a lei sendo considerada inconstitucional pela Suprema Corte, poderão seus efeitos ser aplicados *ex nunc*, superando os efeitos retroativos *ex tunc*, ainda que em *controle difuso*, para preservar a segurança jurídica, tornando intangível o direito que já nasceu, para aplicação com efeitos prospectivos.

“Recurso Extraordinário n° 105.789 – MG (Segunda Turma)

Relator: Ministro Carlos Madeira

Recorrente: Simonides Loddi

Recorrido: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

MAGISTRADO. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTO. - A nova qualificação do tempo de serviço, anos depois de averbado e de houver produzido efeitos pecuniários em favor do magistrado, malfez a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, que torna intangível o direito que já nasceu e não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo. - Recurso conhecido e provido.”

Leia-se, do voto do Relator, o seguinte trecho:

“A *irredutibilidade* dos vencimentos dos magistrados garante, sobretudo, o *direito que já nasceu*, e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo.

Daí por que tal garantia *supera o efeito ex tunc da declaração de constitucionalidade da norma*, pois a averbação não se deu apenas para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade como previa o dispositivo da Constituição do Estado, mas para o de adição de vantagem pecuniária genérica por cada quinquênio de permanência no cargo.

À luz dessas considerações, conheço do recurso e lhe dou provimento, para conceder o mandado de segurança.

É o meu voto.” (RTJ n° 118, out./1986, p. 300/301/302 – grifos nossos)

“Recurso Extraordinário n° 122.202-6 – Minas Gerais

Relator: Ministro Francisco Rezek

Recorrente: Estado de Minas Gerais

Recorridos: Emerson Tardieu de Aguiar Pereira e Outros

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRI-

BUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. - Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a *retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem* – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. - Recurso extraordinário provido em parte.” (Ementário nº 1.739-05, DJ 08.04.94)

Em ambos os recursos acima mencionados, *se não fossem adotados os critérios de efeitos prospectivos, haveria necessidade de devolução do numerário recebido e presumivelmente já gasto e, portanto, com impossibilidade material de devolução desses recursos.*

Um outro julgamento que poderia ser aqui mencionado *é a questão dos vereadores do Município de Mira Estrela*. O STF definiu que, apesar de seu número para aquele Município ser *maior do que a Constituição admitiria*, não se poderia aceitar a tese de que todas as leis aprovadas na edibilidade durante o período de sua inconstitucional composição seriam, por decorrência, inconstitucionais, com o que a Suprema Corte admitiu também a continuidade de sua composição, ou seja, a manutenção do quadro inconstitucional de vereadores, até o fim do seu mandato, quando então, na eleição para a próxima composição da Casa Legislativa, seria adotado o número de edis permitido pela Constituição Federal, conforme se lê do seguinte trecho do acórdão:

“Recurso Extraordinário nº 197.917-8 – São Paulo

Relator: Ministro Maurício Corrêa

Recorrente: Ministério Público Estadual

Recorridos: Câmara Municipal de Mira Estrela e Outros

Advogado: Jair Cesar Nattes

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ART. 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O art. 29, inciso IV, da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas *a*, *b* e *c*. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da compo-

sição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, art. 29), é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, art. 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, arts. 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores dado que sua população de pouco mais de 2.600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, dar parcial provimento ao recurso para, restabelecendo, em parte, a decisão de primeiro grau, declarar inconstitucional, *incidenter tantum*, o parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica nº 226, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela/SP, e determinar à Câmara de Vereadores que, após o trânsito em julgado, adote as medidas cabíveis para adequar a sua composição aos parâmetros ora fixados, respeitados os mandatos dos atuais vereadores.

Brasília, 24 de março de 2004.

Maurício Corrêa – Presidente e Relator” (Coord. de Análise de Jurisprudência, Tribunal Pleno, Ementário nº 2.150-3, DJ 07.0504)

No mesmo sentido é a decisão em relação aos *vereadores do Município de Porto Ferreira*, em que se lê:

“Recurso Extraordinário 300.343-7 – São Paulo

Relator: Ministro Maurício Corrêa

Recorrente: Ministério Público Estadual

Recorridos: Câmara Municipal de Porto Ferreira e Outros

Advogado: Rui Carlos Nogueira de Gouveia

Recorrido: Antonio Sidney Pinto Bernardo

Advogada: Mariza Ariceto

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ART. 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O art. 29, inciso IV, da Constituição Federal exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas *a*, *b* e *c*. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, art. 29), é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. A ausência de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer lesão aos demais princípios constitucionais nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, art. 37). 6. Fronteiras de autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos

Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, arts. 27 e 45, § 1º). Inconstitucionalidade. 7. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. - Recurso extraordinário conhecido e, em parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe parcial provimento para declarar inconstitucional, *incidenter tantum*, o inciso II do art. 7º da Lei Orgânica do Município de Porto Ferreira/SP, com a redação dada pela Emenda nº 01, de 25 de fevereiro de 1992, e determinar à Câmara de Vereadores que, após o trânsito em julgado, adote as medidas cabíveis para fixar, de forma expressa, sua composição, observados os parâmetros ora fixados.

Brasília, 31 de março de 2004.” (Coord. de Análise de Jurisprudência, Tribunal Pleno, Ementário nº 2.155-2, DJ 11.06.04)

O *Ministro Sepúlveda Pertence*, sensível à gravidade desse fenômeno, em relação à aplicação prospectiva da decisão, ao proferir o seu voto na ADI nº 1.102-2, em que foi declarada a inconstitucionalidade das expressões “empresários” e “autônomos”, contidas no art. 22, I, da Lei nº 8.212/91, embora não tendo atribuído efeito prospectivo à decisão, por considerar que o vício da lei fora objeto de questionamento desde o início de sua vigência, já alertava para a necessidade de, em situações absolutamente excepcionais, o Tribunal graduar os efeitos de sua decisão para afastar a invalidação da norma com efeitos *ex tunc*, mesmo no caso de reconhecimento do vício maior que é a inconstitucionalidade, ainda que reiterando o entendimento de que essa deva ser a regra.

Merece destaque o seguinte trecho do seu voto:

“O problema dramático da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade surge quando ela vem surpreender uma lei cuja validade era ‘dada de barato’ e de repente, passados tempos, vem a Suprema Corte a declarar-lhe a invalidez de origem.

(...)

Sou, em tese, favorável a que, com todos os temperamentos e contrafortes possíveis e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade *ex radice* da lei inconstitucional, facultando-se ao

Tribunal prostrar o início da eficácia *erga omnes* da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade.”

Em outro julgado, o Ministro Sepúlveda Pertence, em *Questão de Ordem na Ação Penal nº 304*, em que se discutia a *Revisão da Súmula nº 394*, proferiu decisão monocrática no sentido de, em prol da segurança jurídica, reconhecer o efeito prospectivo, como aqui se observa:

“Por motivos de segurança jurídica, decidiu, porém, o Tribunal – na linha de outras Cortes Constitucionais, a começar da Suprema Corte americana – que malgrado aplicável aos processos em curso, a nova orientação jurisprudencial não gerará efeitos retroativos, declarando-se válidos, em consequência, todas as decisões proferidas e atos praticados anteriormente.”

Como se constata dos precedentes acima, a Suprema Corte tem aplicado efeitos prospectivos em sede de *controle difuso*, para *preservar a segurança jurídica*.

O caos, resultante de uma eventual declaração – em controle difuso de constitucionalidade – de eficácia *ex tunc* levou os eminentes componentes da Suprema Corte a decidir pela eficácia “futura” da decisão e à aceitação de “constitucionalidade provisória da declarada inconstitucionalidade” *para tempo certo e futuro*. E tal decisão foi proferida em controle difuso.

Desta forma os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal não são sempre *ex tunc*, mas comportam também efeitos prospectivos para alcançar situações futuras *ex nunc*, tanto em sede de *controle concentrado* como em *controle difuso* de constitucionalidade.

A Questão dos Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero

Nas questões em que se discutiram os créditos de IPI nas hipóteses de alíquota zero, em que houve alteração de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que de forma reiterada vinha julgando em favor dos contribuintes, inclusive por sessão plenária do Tribunal, foi posteriormente alterada para julgar em favor da Fazenda Pública, sem possibilidade de aplicação de efeitos prospectivos aos diversos casos já julgados.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, em decisão de 18 de dezembro de 2002, no RE nº 350.446-1, entendeu que, nas operações tributadas com base na alíquota zero, o contribuinte do IPI teria direito de creditar-se dos valores recolhidos a este título nas operações anteriores, a exemplo do que ocorreu nos casos de isenção (RE nº 212.484). A ementa está assim redigida:

“Recurso Extraordinário n° 350.446-1 – Paraná

Relator: Ministro Nelson Jobim

Recorrente: União

Advogado: PFN – Artur Alves da Motta

Recorrida: Nutriara Alimentos Ltda.

Advogados: Eduardo A. L. Ferrão e Outro

Advogada: Fernanda Guimarães Hernandez

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO. INSUMOS ISENTOS, SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO. - Se o contribuinte do IPI pode creditar o valor dos insumos adquiridos sob o regime de isenção, inexistente razão para deixar de reconhecer-lhe o mesmo direito na aquisição de insumos favorecidos pela alíquota zero, pois nada extrema, na prática, as referidas figuras desonerativas, notadamente quando se trata de aplicar o princípio da não-cumulatividade. - A isenção e a alíquota zero em um dos elos da cadeia produtiva desapareceriam quando da operação subsequente, se não admitido o crédito. - Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de Julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília, 18 de dezembro de 2002.

Marco Aurélio – Presidente

Nelson Jobim – Relator” (Coord. de Análise de Jurisprudência, Ementário n° 2.113-4, DJ 06.06.03)

Referida decisão da Suprema Corte foi tomada por nove votos a um, vencido apenas Ministro Ilmar Galvão. É importante assinalar que tal *quorum* seria suficiente à produção de *súmula vinculante*, de acordo com a sistemática que veio a ser adotada pela Emenda Constitucional n° 45, de 30 de dezembro de 2004, o que demonstra a firmeza da posição então adotada.

O art. 103-A da Constituição Federal está assim redigido:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e

indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” (EC nº 45/04)

A partir da decisão proferida no RE nº 350.446-1/PR (Pleno), diversos recursos extraordinários com o mesmo objeto, interpostos pela União Federal, passaram a ser apreciados monocraticamente pelos Ministros, com base no art. 557 do CPC, que autoriza o Relator a não conhecer de recurso que veicule tese contrária à súmula ou à *jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou do Tribunal Superior*.

O mesmo entendimento passou a ser amplamente adotado pelo *Superior Tribunal de Justiça*, como, por exemplo, a decisão proferida no REsp nº 673.386, tendo como Relator o Ministro José Delgado (DJ 13.12.04), entre os inúmeros precedentes.

É farta também a jurisprudência nos cinco Tribunais Regionais Federais, como, por exemplo, os seguintes julgados: *TRF 1ª Região, AMS nº 380.20025973/MG*, Rel. Des. Luciano Tolentino Amaral, DJ 20.08.04; *TRF 2ª Região, AC nº 264.597/RJ*, Rel. Antonio Cruz Neto, DJ 23.12.02; *TRF 3ª Região, AMS nº 211.565/SP*, Rel.^a Juíza Alda Bastos, DJ 31.08.04; *TRF 4ª Região, AMS nº 92.105/RS*, Rel. Juiz Ramos de Oliveira, DJ 09.09.04; *TRF 5ª Região, AMS nº 75.172/PE*, Rel. Des. Manuel Maia, DJ 13.12.04.

Nada obstante a orientação firmada pelo STF, a União Federal, por circunstâncias do nosso sistema processual brasileiro, continuou a impugnar decisões que seguiam a jurisprudência da Suprema Corte, inclusive mediante recurso extraordinário. Tais recursos foram sumariamente rejeitados, de forma reiterada, com base no art. 557 do CPC, assim redigido:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou *em confronto* com Súmula ou com *Jurisprudência dominante* do respectivo tribunal, do *Supremo Tribunal Federal*, ou do *Tribunal Superior*.”

No caso em comento, foi constatada a existência de 61 processos nessa situação.

O art. 475 do CPC, com a nova redação da Lei nº 10.352/01, ao estabelecer que a sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, prevê, entretanto, exceção a essa regra, no seu § 3º, ao dispor:

“§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo *quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal* ou em Súmula deste Tribunal ou do Tribunal competente.”

Como se vê, o nosso ordenamento positivo está todo ele voltado a prestigiar a *uniformidade da jurisprudência*, principalmente *quando emana do intérprete máximo da Constituição Federal*, o que autoriza não apenas a celeridade na prestação jurisdicional, mas também o tratamento isonômico e de segurança jurídica.

Com efeito, o entendimento da Suprema Corte no RE n° 350.446-1/PR sobre a matéria foi firmado após a edição da Lei n° 9.779/99, apontada como causa para a mudança do seu entendimento. O art. 11 da referida Lei determina expressamente que “o contribuinte cuja operação isenta ou sujeita à alíquota zero conserve o crédito decorrente das incidências anteriores, ao contrário da praxe anterior, nada modificando na sistemática aplicável ao elo seguinte da cadeia produtiva”.

Ocorre que a Lei em questão (Lei n° 9.779/99) foi editada em 20 de janeiro de 1999 e as primeiras decisões plenárias do STF *reconhecendo o direito ao crédito ocorreram no final de 2002*. Ou seja, os contribuintes adotaram procedimento expressamente referendado pelo STF, à luz do mesmo quadro normativo em discussão, no julgamento que alterou a orientação anterior da Suprema Corte.

Os Efeitos das Decisões do STF – Seção Plenária

Quanto aos efeitos das *decisões do Supremo Tribunal Federal em seção plenária*, tanto no *controle concentrado* de constitucionalidade como no *controle difuso*, a decisão resultante, na prática, surtirá efeitos *erga omnes*. Esse é o entendimento que tem sido adotado em diversos julgados.

A propósito, o *Ministro Gilmar Mendes, Relator na Reclamação n° 4.335*, ao proferir seu voto, em sessão plenária, realizada em *1º de fevereiro de 2007*, destacou que a

“Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.”

Asseverou o Ministro que:

“o Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle concentrado incidental, ficando o órgão fracionário de outras

Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao Plenário ou ao Órgão especial, na forma do art. 97 da CF. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação deste entendimento fala-se em quebra de presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo Tribunal Federal acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação dada pela Lei nº 9.756 de 17.12.98).”

Destacou ainda o Ministro Relator que:

“essa é a orientação que parece presidir o entendimento que julga indispensável a aplicação do art. 97 da CF por parte dos *Tribunais ordinários, se o Supremo já tiver declarado a inconstitucionalidade da lei, ainda que no modelo incidental.*” (o resumo dessa decisão foi publicado no Informativo do STF nº 454, de 01.02.07)

No mesmo sentido, o Ministro *Ricardo Lewandowsky*, em julgamento realizado em 18 de abril de 2007, pelo Plenário do STF, ao examinar questão do IPI – alíquota zero (RE nº 353.657/PR e nº 370.682/SC), ressaltou que:

“Os fundamentos que autorizam a modulação dos efeitos das decisões prolatadas nos processos de índole objetiva se aplicam, *mutatis mutandis*, aos processos de índole subjetiva. No ponto citando a jurisprudência da Corte nesse sentido (RE 197.917/SP, DJU de 07.05.04), *assentou que, embora se esteja tratando, no caso de processos subjetivos quanto a matéria afeta ao Plenário, a decisão resultante, na prática, surtirá efeitos erga omnes.*” (Informativo do STF nº 463, de 16 a 20 de abril de 2007)

E, mais recentemente, em decisão de *11 de maio de 2007* publicada no DJ de 14.06.07, proferida no RE nº 547.147, o Ministro *Celso de Mello* sobre a existência de precedente julgado pelo Plenário do STF, ainda que não tenha sido publicado acórdão, assim se pronunciou:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao responder afirmativamente a tal indagação (RTJ 183/1.173-1.174, RTJ 185/1.118-1.119, RTJ 186/738-739, RTJ 190/1.102-1.103, RTJ 194/362-363, v.g.) *tem enfatizado* que a ausência de publicação do acórdão não constitui obstáculo processual ao imediato julgamento da causa, em sede monocrática, pelo Relator:

‘A existência de precedente firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal autoriza o julgamento imediato de causas que versem a mesmo tema (RISTF, art. 101).

A *declaração* de constitucionalidade *ou* de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, *emanada do Plenário* do Supremo Tribunal Federal, *em decisão* proferida por maioria qualificada, *aplica-se aos novos processos* submetidos à apreciação das Turmas *ou* à deliberação dos juízes que integram a Corte, *viabilizando*, em conseqüência, *o julgamento imediato de causas que versem o mesmo tema*, *ainda* que o acórdão plenário – *que firmou* o precedente no ‘leading case’ – *não* tenha sido publicado, *ou*, caso já publicado, *ainda não* haja transitado em julgado. *Precedentes. É que a decisão plenária* do Supremo Tribunal Federal, *proferida nas condições* estabelecidas pelo art. 101 do RISTF, *vincula* os julgamentos futuros a serem efetuados, *colegialmente*, pelas Turmas *ou*, *monocraticamente*, pelos Juízes *desta* Corte, *ressalvada* a possibilidade de *qualquer* dos Ministros do Tribunal – *com apoio* no que *dispõe* o art. 103 do RISTF – *propor*, ao Pleno, *a revisão* da jurisprudência assentada em matéria constitucional. *Precedente’.*” (RTJ 174/911-912)

Acresce-se, ainda, que, para dar efetividade a uniformidade das decisões judiciais em nome da segurança jurídica, existem na legislação infraconstitucional diversos dispositivos destinados a evitar a proliferação de discussões judiciais de matérias sobre as quais já haja entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, como antes referido.

Diante desses precedentes, os contribuintes agiram em conformidade com a orientação da Suprema Corte, quanto ao procedimento do crédito de IPI à alíquota zero, até porque a decisão foi do plenário do Tribunal, surtindo efeitos *erga omnes*.

Conforme antes mencionado, existiam 61 recursos extraordinários em curso perante o Supremo Tribunal Federal, que já haviam sido rejeitados pelos Ministros Relatores, com fundamento no art. 577 do CPC, *mas que ainda não* haviam transitado em julgado, em razão de que dessas decisões foram interpostos agravos regimentais. E, em alguns casos, das decisões proferidas nos agravos regimentais foram interpostos embargos de declaração, como, por exemplo, no RE nº 327.004, DJU de 07.03.03, Relator Ministro Sydney Sanches (posteriormente substituído pelo Ministro Cezar Peluso).

Tal situação permaneceu na Suprema Corte até que o Ministro Maurício Corrêa, após indeferir monocraticamente o RE nº 353.657, *reconsiderou sua posição em 16 de maio de 2003*. Após sua aposentadoria, o processo foi redistribuído ao Ministro Marco Aurélio. Levado o caso a Plenário, juntamente com os REs ns. 350.446, 357.277 e 370.682, em 25 de junho de 2007, após alguns pedidos de vista, foi afinal decidido pela Suprema Corte para *dar provimento aos recursos da União Federal* e, conseqüentemente, *pela alteração do entendimento anterior, favorável ao contribuinte*.

E certo, entretanto, que o STF, assim como qualquer outro juízo ou tribunal, não está impedido de modificar sua posição sobre determinada

questão, seja para readaptar a novos fatos, seja para rever sua interpretação anterior. Ao fazê-lo, porém, o STF, a exemplo dos demais Poderes Públicos, está vinculado ao princípio constitucional da segurança jurídica por força do qual a posição jurídica dos contribuintes, que procederam em conformidade com a orientação anteriormente adotada pela Suprema Corte em relação à matéria, deve ser preservada.

A título exemplificativo, no caso em comento, se uma lei nova fosse editada após a decisão do STF, de 18 de dezembro de 2002, a fim de excluir de forma expressa o direito ao creditamento ali reconhecido, não poderia retroagir para alcançar as operações ocorridas anteriormente. Não seria plausível que uma nova decisão do Supremo Tribunal Federal, modificando a jurisprudência da Corte sobre a matéria, pudesse alcançar situações que uma lei nova, veiculando o mesmo entendimento, não poderia atingir. Principalmente, levando-se em consideração que o Pretório Excelso é o guardião da Constituição e que quando muda a sua orientação está declarando que a sua orientação anterior não era correta. E quando sua alteração acarreta prejuízos para aqueles que confiaram no seu poder de guardar, não poderá e nem deverá transferir o ônus da sua incorreta percepção anterior para ser suportado somente por aqueles que nele confiaram.

A melhor forma de conciliação da modificação do entendimento da Suprema Corte com o respeito ao conteúdo do princípio da segurança jurídica *seria, pois, reconhecer à nova orientação eficácia ex nunc*, o que, entretanto, não ocorreu.

Além da *segurança jurídica*, a questão em comento envolve a *boa-fé* e a *confiança* nas relações entre o contribuinte e as decisões judiciais, que foram proferidas reconhecendo o direito ao crédito do IPI nas operações com alíquota zero.

A questão envolve coerência nas decisões, *proporcionalidade e razoabilidade* nas mudanças e a não-imposição retroativa de ônus imprevistos, em relação aos direitos fundamentais do contribuinte.

Em relação ao princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Intervenção Federal nº 2.915/SP, de 3 de março de 2003, em seção plenária do STF, consignou em seu voto:

“A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o *princípio da proporcionalidade* alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do *princípio da proporcionalidade* representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito

entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente *pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos*. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade, para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

Em síntese, a aplicação do *princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental* ou um conflito entre distintos princípios constitucionais *de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade*. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...) *há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado* (isto é, apto para produzir o resultado desejado), *necessário* (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e *proporcional em sentido estrito* (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Registre-se, por oportuno, que *o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, tal como lembra Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2. ed., Coimbra, Almedina, p. 264).*⁴

Numa demonstração da aplicação dos referidos princípios como meio menos gravoso aos direitos fundamentais, estabelecendo uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto.

Sensível à questão da repercussão que a alteração do entendimento da Suprema Corte poderia acarretar na questão do crédito do IPI à alíquota zero, o Ministro Ricardo Lewandowsky, nos Recursos Extraordinários ns. 353.657-5/PR e 370.682/SC, levantou questão de ordem *sobre a necessidade de se preservar a estabilidade das relações jurídicas preexistentes*, com aplicação dos efeitos da *nova decisão para o futuro*.

Merece destaque o seguinte trecho do seu voto:

“Como a inconstitucionalidade pode ser argüida a qualquer tempo, não é difícil imaginar que a adoção sistemática da sanção de nulidade acarretaria

4 Acórdão do Plenário do STF na Intervenção Federal nº 2.915-SR, de 03.02.03. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurispr.asp>>. Acesso em: 21.03.07.

graves transtornos às relações sociais, visto que a própria certeza do direito poderia ser colocada em xeque. A anulação da norma inconstitucional, com a modulação dos efeitos temporais da decisão, surge assim como precioso instrumento que permite temperar o princípio da supremacia constitucional com outros valores socialmente relevantes, em especial o da segurança jurídica.

A necessidade de preservar-se a estabilidade de relações jurídicas preexistentes levou o legislador pátrio, inspirado nos modelos alemão e português, a permitir, nas Leis ns. 9.868, de 10 de novembro de 1999, e 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que o Supremo Tribunal Federal regule, ao seu prudente arbítrio, os efeitos das decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Nesse sentido, o art. 27 da Lei nº 9.869/99 estabelece que o Supremo, por maioria de dois terços de seus membros, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, pode restringir os efeitos de decisão que, nas ações diretas ou declaratórias, reconheça a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, estabelecendo que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento.

O art. 11 da Lei nº 9.882/99 estende essa possibilidade às ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

As referidas disposições afastam, pois, a imposição obrigatória da sanção de nulidade, com efeitos *ex tunc*, visto que autorizaram o STF a estabelecer, discricionariamente, tendo como balizas os conceitos indeterminados de ‘segurança jurídica’ ou de ‘excepcional interesse social’, que sua decisão, em certos casos, tenha eficácia em momento posterior à vigência da norma declarada inconstitucional.

É dizer, o direito positivo, agora, consagra a tese, já defendida por alguns no passado, em sede doutrinária⁵, segundo a qual a decisão de inconstitucionalidade tem natureza constitutivo-negativa, e não apenas declaratória, como se entendia tradicionalmente, a partir de uma interpretação clássica do princípio da supremacia, combinada com uma leitura mais estrita dos dispositivos constitucionais que tratam da matéria⁶.

O efeito *pro futuro*, previsto nas Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99, convém registrar, difere do efeito *ex nunc*: este opera desde a decisão de inconstitucionalidade, ao passo que aquele atua a partir do momento

5 Por exemplo, Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*, tomo III, São Paulo: RT, 1970, p. 615/626.

6 Arts. 52, X, 97, 102, III, b, da CF, entre outros.

escolhido pelo Supremo. Embora o efeito prospectivo variável possa causar certa espécie, seja por seu aspecto inovador, seja por não encontrar previsão constitucional expressa, quando compreendido sob uma ótica teleológica, não é difícil constatar que ele encontra fundamento no princípio da razoabilidade, porquanto objetiva não apenas minimizar o impacto das decisões do Supremo sobre relações jurídicas já consolidadas, como também evitar a ocorrência de um vácuo legislativo, em tese mais gravoso para o ordenamento legal do que a subsistência temporária da norma declarada inconstitucional.

É bem de ver, por outro lado, que os arts. 27 da Lei n° 9.868/99 e 11 da Lei n° 9.882/99, na medida em que simplesmente autorizam o Supremo a ‘restringir os efeitos’ da declaração de inconstitucionalidade, sem qualquer outra limitação expressa, a rigor não excluem a modulação da própria eficácia subjetiva da decisão, de maneira a permitir que se circunscreva o seu alcance – em geral *erga omnes* – a um universo determinado de pessoas. A redação também não afasta a possibilidade, em tese, de desconsiderar-se o efeito repristinatório da decisão de inconstitucionalidade sobre o ato revogado.

Não impressiona, *data venia*, o argumento segundo o qual o poder atribuído ao Supremo Tribunal Federal de regular os efeitos das decisões proferidas no bojo de ações de natureza objetiva, em particular quanto ao seu aspecto temporal, não se encontra previsto em nenhum dispositivo do texto constitucional. É que o Supremo, segundo o art. 102, *caput*, da Carta Magna, exerce o relevante papel de ‘guarda da Constituição’. Trata-se de um múnus de matiz político, cujo exercício comporta considerável margem de discricionariedade, exatamente para que a Corte possa dar efetividade ao princípio da supremacia constitucional.

Recorde-se, ademais, que o STF ao proceder, em casos excepcionais, à modulação dos efeitos de suas decisões, por motivos de segurança jurídica ou de relevante interesse social, estará realizando a ponderação de valores e princípios abrigados na própria Constituição.

Ora, esses fundamentos que autorizam a modulação dos efeitos nas decisões proferidas nos processos de índole objetiva, também se aplicam, *mutatis mutandis*, aos processos de natureza subjetiva. *Nesse sentido, existem precedentes nesta Corte, dentre os quais sobressai o acórdão prolatado em 06.06.02, no paradigmático RE 197.917/SP, cujo relator foi o Ministro Maurício Corrêa.*

Naquele julgamento, o Ministro Gilmar Mendes, em erudito voto-vista, assentou não haver dúvida de que ‘a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental’, sobretudo quando, à luz ‘de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante’.

De fato, embora estejamos tratando, aqui, de processos subjetivos, *a verdade é que, quando a matéria é afetada ao Plenário, a decisão resultante, na prática, surtirá efeitos erga omnes*. Nessa linha, o Ministro Gilmar Mendes chamou atenção, no citado pronunciamento, para a circunstância de que, *‘se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias’*.”

A questão de ordem então levantada pelo *Ministro Lewandowsky*, entretanto, não foi acolhida pelo *Tribunal Pleno da Suprema Corte*.

O STF tem amplo poder, em todos os casos que lhe são submetidos, de decidir sobre os efeitos temporais da decisão, com ou sem provocação da parte.

A revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, no julgamento da seção plenária de 25 de junho de 2007, entretanto, não considerou os argumentos apresentados para estabelecer efeitos *ex nunc* à decisão, aplicando efeitos *ex tunc* ao novo entendimento sufragado pelo Tribunal, com relação à impossibilidade de creditamento, pelos contribuintes, do IPI incidente nas operações de aquisição de insumos tributados à alíquota zero, quando utilizados na industrialização de produtos cuja saída é regularmente tributada por este imposto.

O certo, todavia, é que a jurisprudência reiterada sobre a matéria, durante longo período – aproximadamente cinco anos – entre a data do julgamento do Plenário do STF, ocorrido em 18 de dezembro de 2002, e a sua alteração em junho de 2007, fez com que o contribuinte de boa-fé confiasse nas decisões proferidas pela Suprema Corte. A jurisprudência nada mais é que a consolidação de reiteradas decisões apontando a exegese acolhida pelo Tribunal sobre determinada matéria.

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal, com fundamento do art. 557 do CPC, vinha julgando monocraticamente, de forma favorável ao contribuinte, recursos que versavam sobre a matéria. Para tanto, arguiu-se a *existência de jurisprudência dominante neste sentido*, conforme os arts. 99, 100, § 5º, inciso I, do art. 312 e art. 322 do Regimento Interno do STF.

Misabel Derzi, ao comentar a decisão do STF no RE nº 370.682-SC, em comentário, observa que *a irretroatividade no caso, é do direito do contribuinte* e escreve:

“Portanto, o princípio da irretroatividade tem alcance muito mais amplo para significar a *inteligência da lei em determinado momento*, ou seja, certa leitura da lei (dentre outras possíveis) que se incorporou como direito positivo, abrangendo, assim, os atos que a *ela se conformam*, emanados do Poder Judiciário e do Executivo. A acepção do termo lei, no contexto constitucional,

à luz do princípio de segurança que inspira o Estado de Direito, não pode ficar restrita a *enunciado* ou a *enunciação*, como conjunto de signos lingüísticos sem significação e objeto. Enfim, sem conteúdo. Compreender dessa forma o princípio da irretroatividade seria restringir gravemente direito e garantia fundamental, e consagrar o desígnio de efeitos contrários aos valores constitucionais, o arbítrio de um *vazio qualquer*.

Parece-nos, pois, corrente, afirmar que a lei (como enunciado próprio do Poder Legislativo) não se confunde com a norma jurídica. A norma jurídica tem seu suporte físico no enunciado lingüístico do legislador, mas não se esgota nele, nem poderia, resultando de uma construção contínua muito mais complexa do texto e do contexto jurídico. O Direito não está pronto, é continuamente deduzido das fórmulas legislativas, judiciais e administrativas (revela-se). A lei posta pelo Poder Legislativo pode comportar, assim, mais de uma interpretação, mais de uma significação, de modo que a lei que vige, em determinado momento, é *a lei segundo uma de suas interpretações possíveis*. A certa altura, sem nenhuma mudança literal da fórmula legislativa, que conserva os mesmos enunciados lingüísticos, altera-se a interpretação que da mesma lei faz a Administração ou fazem os Tribunais, que passam a decidir conforme outra interpretação. Surge, então, sem lei nova como ato emanado do Poder Legislativo, *espécie de lei nova*, proclamada pelos demais Poderes. Por tais motivos, diz a Constituição, no art. 5º, XXXVI: ‘A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’.

Por isso mesmo, o princípio da irretroatividade estende-se a todos os Poderes, sob pena de se frustrar a segurança jurídica.”

E mais adiante conclui:

“Mas o tempo e a impressionante celeridade com que se processam as operações no campo político ou econômico não podem ser os mesmos no sistema jurídico. É inconcebível que as mudanças jurisprudenciais sejam danosas àquele contribuinte que pautou o seu comportamento na direção indicada pelas decisões reiteradas dos tribunais, confiando legitimamente no pensamento predominante da Corte Constitucional. Os efeitos de uma decisão, que inova a ordem jurídica em relação ao posicionamento anterior da própria Corte, somente podem se projetar para o futuro, em relação a novos fatos geradores. Esse é um fenômeno decorrente do respeito às fundamentações e aos precedentes e, em especial, ao papel da própria Corte.

Por isso mesmo, o princípio não deve ser limitado às leis, mas estendido às normas e atos administrativos ou judiciais. O que vale para o legislador precisa valer para a Administração e os tribunais. O que significa que a Administração e o Poder Judiciário não podem tratar os casos que estão no passado de modo que se desviem da prática até então utilizada, na qual o

contribuinte tinha confiado. Em síntese, é inexplicável o retrocesso advindo das decisões jurisprudenciais mais recentes, não apenas em razão de seu anacronismo em face dos princípios da proteção da confiança e da boa-fé, mas ainda em face da fragilização da segurança jurídica, que dissemina a incerteza e a imprevisibilidade.” (A Irretroatividade do Direito, a Proteção da Confiança, a Boa-Fé e o RE 370.682-SC, in: *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*, vol. 11, p. 318/319, Dialética, 2007)

Em matéria tributária, as normas infraconstitucionais também *estabelecem limites* para aplicação do novo entendimento jurisprudencial, principalmente àquelas previstas no Código Tributário Nacional.

Tanto o princípio da segurança jurídica quanto o da proteção da confiança são concretizados por várias normas tributárias que também funcionam como limites à aplicação para o passado do novo entendimento jurisprudencial.

A norma contida no art. 146 do CTN, ao dispor que:

“Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em conseqüência de decisão administrativa *ou judicial*, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente poderá ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”;

constitui obstáculo intransponível à realização de lançamento suplementar para exigir o tributo anteriormente reconhecido como indevido ou para cobrar as diferenças do valor do tributo, com base em *novos critérios jurisprudenciais*.

Com efeito, entre as hipóteses reguladas no mencionado dispositivo encontra-se a *alteração do critério jurídico decorrente de decisão judicial*, para realização do lançamento. O dispositivo é bastante claro ao estabelecer que tal mudança só poderá atingir fatos futuros. Assim, no caso, por exemplo, de ser modificada a Jurisprudência consolidada do STF, a administração tributária não poderá exigir tributo relativo a período pretérito.

Já o art. 100, parágrafo único do CTN, ao dispor que:

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I – os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II – as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III – as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV – os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.”,

constitui a concretização do princípio da proteção da confiança, vedando que a observância de “decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa” pelo contribuinte possa acarretar a imposição de penalidades, cobrança de juros de mora e atualização monetária do valor do tributo, em caso de alteração de entendimento.

Aliomar Baleeiro observa que esse dispositivo do CTN “estabelece a eficácia prática das normas complementares: o contribuinte que *agiu* em conformidade com elas não ficará exposto a penalidade, juros moratórios, nem atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, se interpretação diversa vier a ser adotada pelo Fisco. Os fatos anteriores à mudança de interpretação, ou aplicação da lei, ficarão resguardados contra essas vicissitudes”. (*Direito Tributário Brasileiro*, 11. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 649)

A Constituição é clara ao estabelecer que a Suprema Corte é a guardiã da Constituição, na forma do art. 102 que dispõe:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...).”

Cabe à Suprema Corte – guardiã da Constituição – ser a primeira a garantir a Constituição, a preservá-la, a dar-lhe eficácia plena, a permitir que os cidadãos tenham a certeza e a segurança do direito.

Não se pode admitir que a guardiã da Constituição, que deve ofertar certeza e segurança, traga a insegurança e a incerteza aos jurisdicionados, a todos os cidadãos, às instituições e à democracia.

Segurança e certeza são atributos fundamentais do Estado de Direito. E a Suprema Corte tem a responsabilidade maior de preservá-los e adotar mecanismos capazes de, nas alterações de posicionamentos, não permitir que impliquem o estabelecimento do vício maior do regime democrático, que é a instabilidade institucional.

Esta é a razão pela qual todas as decisões da Suprema Corte, mesmo as não sumuladas, mesmo as não proferidas em controle concentrado, mesmo

as mais transcendentais, revestem-se desta magnitude de serem elaboradas na condição de “guardiã” da Constituição. É o Poder que dá *estabilidade às instituições*.

E para que exista estabilidade das instituições e para preservar a segurança jurídica, possui alternativas de ofertar, conforme a realidade do momento, eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* às suas decisões, objetivando o mínimo de efeitos negativos ao regime democrático e aos valores da Lei Suprema.

No caso em comento, tal modulação dos efeitos, entretanto, não foi acolhida pela Suprema Corte.

A conseqüência dessa modificação do entendimento da matéria pela Suprema Corte é de que os créditos do IPI à alíquota zero não poderão ser aproveitados, devendo ser a questão examinada em cada caso concreto, respeitado os prazos de prescrição e decadência para a *exigibilidade do crédito tributário* pela Fazenda Pública.